最高法院刑事判決

108年度台上字第4189號

上　訴　人　臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官鍾宗耀
被　　告　林大為
選任辯護人　蕭棋云律師
被　　告　黃子桓

上列上訴人因被告等殺人未遂案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國108年2月21日第二審判決（107年度上訴字第1724號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署106年度偵緝字第1853、1854號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、本件原判決以公訴意旨略以：被告黃子桓、林大為與告訴人蔡明融係朋友，詎黃子桓、林大為於民國106年2月間某日，自友人處聽聞告訴人表示「要讓黃子桓、林大為走不出臺中」等語，因而心生不滿，謀議教訓告訴人，黃子桓即於同年月17日某時，駕駛車牌號碼00000000號自用小客車搭載林大為，並攜帶西瓜刀、棒球棍等物，自臺北出發，欲前往臺中尋釁，二人並委由不知情之友人白敦仁代為聯繫蔡明融，於同日20時許，至臺中市○○區○○路與軍福十九街路口之統一便利超商碰面，黃子桓即駕駛前揭自用小客車搭載林大為及不知情之呂念祖前往現場等候，嗣於同日20時30分許，告訴人欲返回其兄位在臺中市○○區○○○○路○號之「花樣年華社區」住處之際，黃子桓、林大為均明知手持西瓜刀揮砍頸部之人體重要部位，

在客觀上可得預見產生致人於死之結果，仍共同基於殺人不確定故意之犯意聯絡，見告訴人出現在○○○區○○路旁，先由黃子桓手持棒球棍朝蔡明融之頭部攻擊，復由林大為手持西瓜刀朝告訴人之頸部、腰部、肩部揮砍數刀，告訴人隨即以左手撥擋，致告訴人受有左手多處切割傷，小指2條屈指肌腱斷裂，雙側神經血管斷裂、左肩、左腰、左頸、左前臂、右手背多處切割傷之傷害，經告訴人奮力逃往至前開社區大樓地下室停車場，始倖免於難。因認被告2人涉犯刑法第271條第2項、第1項之殺人未遂罪嫌等情。惟經審理結果，認為不能證明被告2人有殺人之故意，其等所為應係刑法第277條第1項之普通傷害犯行。又告訴人於第一審言詞辯論終結前，已撤回告訴，因而撤銷第一審關於林大為犯殺人未遂之科刑判決，改判諭知公訴不受理判決；另維持第一審關於黃子桓所為公訴不受理之判決，駁回檢察官此部分在第二審之上訴。已詳敘其認定犯罪事實所憑之證據及理由。

三、上訴意旨略以：㈠依第一審勘驗筆錄及被告2人之供述，可徵被告2人分持棒球棍、西瓜刀，先後接續或同時攻擊告訴人之頭部、頸部、腰部、肩部等處，並追趕告訴人，直至告訴人跳過橫桿往地下室跑後始逃逸。而告訴人證稱：林大為持西瓜刀朝其頭部、頸部、腰部、肩部等上半身部位揮砍，其因伸手抵擋林大為持刀由上往下揮砍之攻擊，致其左手受傷嚴重，左手小指甚至幾近斷裂，嗣經送醫開刀急救後，始將左手小指接回等語，與診斷證明書所載其受有左手多處切割傷，小指2條屈指肌腱斷裂，雙側神經血管斷裂、左肩、左腰、左頸、左前臂、右手臂多處切割傷一情相符，足見告訴人指訴林大為持西瓜刀朝其頭頸部等上半身揮砍等情，應堪採信。再由本件案發過程時間相當短暫，依監視器畫面顯示，被告2人係盡全力砍打，若非告訴人反應迅速、用手隔擋、奮力閃脫，告訴人將遭遇不測。是自難以告訴人前述部位所受者僅係切割傷，並非嚴重之傷勢，即為有利被告2人之認定。酌以人體上半身不僅具有重要臟器，且頸部為氣管及重要血管所在之處，倘持刀朝人體

上半身揮砍，極可能導致被害人因傷及臟器、切斷氣管或失血過多，而導致死亡之結果，此為一般社會常識，被告2人自難諉為不知。且林大為持以攻擊告訴人之兇器為金屬材質、長約15至20公分之西瓜刀，當可預見其所持之兇器具有相當殺傷力，再佐以告訴人受傷之部位不只一處，且均位頸、肩等處之上半身，可認林大為攻擊之力道非輕，是被告2人有殺人之犯意至為明確。惟原判決卻認被告2人並無殺人之故意，顯然於法有違。㈡被告2人於告訴人飛奔逃離現場時，緊追不捨，於告訴人跳越通往地下室橫桿，衝入社區內，始未續為追逐。而依被告2人行凶時均戴口罩隱蔽，可徵其等未再繼續追逐，是因恐追入社區內，將引起社區管理員或住戶之注意，致報警處理，始不得已罷手離去。原判決卻以其等亦未再積極追趕，隨即離去，遽認無殺人犯意，所為認定與卷內事證及經驗法則均不符。㈢原判決未另送請其他醫療專業機關鑑定，即否定中國醫藥大學附設醫院（下稱中國醫藥學院）所為告訴人之傷勢可能危及生命之判斷，實難令人信服。㈣告訴人於警詢、偵查及第一審分別稱要對被告2人提出殺人未遂、重傷害、普通傷害罪之告訴。而上開各罪基本社會事實相同，為法律上同一案件，法院自應就被告2人是否成立上開各罪，一一加以調查說明。且中國醫藥學院會診回覆單亦記載：「已解釋手術適應症與預後：左小指幾近全斷，手術修復可能需截短才能接，也可能術中發現血管神經嚴重損傷無法接回，即便接回，手術後續可能壞死而需要截肢的機率超過50%，若左小指得以存活，可能沒有活動功能。」則原判決對告訴人前開傷勢是否告成重傷害，並未調查說明，顯有已受請求之事項未予判決之違法云云。

四、惟查：

㈠採證認事，係事實審法院之職權，其對證據證明力所為之判斷，如未違背經驗法則與論理法則，復已敘述其憑以判斷之心證理由，即不能任意指為違法。又殺人未遂與傷害罪之區別，係以加害人行為時有無殺人之故意為斷。此一主觀犯意存在與否，應綜合其行為動機、所用兇器種類、加害部位與下手情形、

被害人傷勢輕重、雙方當時處境及舉止反應等相關因素，為整體之觀察判斷，方能察得實情。另檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法，為刑事訴訟法第161條第1項所明定。因此，檢察官對於起訴之犯罪事實，應負實質之舉證責任。倘其所提出之證據，不足為被告不利之積極證明，或其指出證明之方法，無從說服法院以形成不利於被告之心證，即應為被告有利之判決。原判決綜核全案卷證資料，以林大為、黃子桓雖分持西瓜刀、木製棒球棍接續揮砍、毆打告訴人，致告訴人受有前揭傷勢，且因左手小指2 條屈指肌腱斷裂，雙側神經血管斷裂，進行手術10小時。然其所受傷勢為：「左手多處切割傷-3處，分別為3公分、2公分及1公分」、「小指2條屈指肌腱斷裂，雙側神經血管斷裂：未明示長度」、「左肩-3公分」、「左腰-3 公分」、「左頸-急診並未紀錄到此傷口」、「左前臂-4公分」、「右手背多處切割傷-3公分」；其上半身雖多處受傷，但均為切割傷，屬人體重要臟器部位並無任何穿刺傷，人體重要部位之頭部亦未有任何傷勢；且除告訴人之手指外，未有傷及見骨之傷勢；又診斷證明書雖記載告訴人受有「左頸切割傷」，然觀諸中國醫藥學院急診紀錄並未記載此傷口，參以告訴人所稱：脖子傷勢還好，只要拿紗布簡單處理，然後再縫合之證詞，可認告訴人左頸之傷勢並不嚴重，急診時醫院始未注意到此傷口。由告訴人上開傷勢，均僅1公分至4公分不等之切割傷，並未傷及頭部、頸部、臟器所在重要部位，而各該切割傷亦均未深及見骨，足見被告2 人下手之力道非猛。佐以被告2 人均持兇器，且林大為所持者復為鋒利之西瓜刀，依其等以猝不及防之方式，自告訴人背後揮砍、毆打，倘其等有致告訴人於死之犯意，當可輕易達到目的，告訴人豈會僅受前開傷勢之理？至告訴人左小指受有上揭嚴重傷勢，乃因告訴人見林大為揮西瓜刀，而以左手抓西瓜刀所致，亦據告訴人陳述甚詳，自難以此遽認被告2 人有取告訴人一肢（左手）之故意。復參酌告訴人遭揮砍、毆打後，奔跑進地下室時，被告2 人即未再積極追趕，隨即離去，以其等均年輕力盛，如欲繼

續追趕業已負傷之告訴人，並無任何困難，然其等均任令告訴人自行逃離，未再有追趕之舉措，亦堪認被告2 人係認業已達到教訓告訴人之目的，而罷手離去。再者，被告2 人與告訴人並無深仇大恨，僅因認告訴人放話要讓其等走不出臺中，心生不滿，始為本案犯行，亦難認被告2 人有取告訴人性命之動機，因而認被告2 人僅有傷害告訴人之犯意，並無殺人之故意，所為應構成普通傷害犯行，而非公訴意旨所認之殺人未遂罪嫌各等旨。所為論斷說明，俱有卷內資料可資佐證。係合乎推理之邏輯規則，尚非原審主觀之推測，核與證據法則無違，亦無理由矛盾、調查職責未盡之違法情事。上訴意旨㈠㈡係就原審調查、取捨證據及判斷其證明力職權之適法行使，任憑己見為不同之評價，及就判決內已明白論斷之事項，執以指摘原判決違法，核與法律規定得為第三審上訴之違法情形，不相適合。

㈡刑事訴訟法第163 條已揭櫫調查證據係由當事人主導為原則，法院於當事人主導之證據調查完畢後，認為事實未臻明瞭仍有待釐清時，始得斟酌具體個案之情形，予以裁量是否補充介入調查。檢察官於原審審判長訊問有無其他證據提出或聲請調查時，答稱「沒有」（見原審卷第233 頁），未聲請如上訴意旨㈡所載之證據調查，則原審綜合全案證據資料，依其所採取之證據及得心證理由之說明，已足以認定被告2 人係基於普通傷害之犯意，而非殺人之犯意，故未再為其他無益之調查，要無上訴意旨所指調查職責未盡之違法。

㈢第三審為法律審，應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，故於第二審判決後不得主張新事實或提出新證據，而資為第三審上訴之理由。檢察官於事實審始終未曾主張告訴人左手指所受之傷勢已達重傷之程度，其於提起第三審上訴後，始為上開主張，顯係於第三審主張新事實，自非上訴第三審之適法理由。況刑法第10條第4項第4款所定毀敗或嚴重減損一肢以上機能之重傷害，係指一肢以上之機能完全喪失，或雖未喪失，但已有嚴重減損之情形。而其情形並不以驗斷時狀況為標準，而應以經過相當治療後之實際恢復情形認定。另是否嚴重減損，是

就一般人該肢體之機能以觀，如該肢體一般機能未喪失或嚴重減損，自非刑法定義之重傷害。查中國醫藥學院會診回覆單固有上訴意旨㈣所示之記載內容，惟該回覆單係告訴人送中國醫藥學院急診時，醫師於106年2月18日所為之紀錄（見原審第189頁），而觀諸告訴人於107年6 月27日在第一審作證所言，僅稱其左小指仍在復健中，並未有需截肢，或左小指沒有活動功能之陳述（見第一審卷第111至113頁），另卷內亦無告訴人左手機能完全喪失，或嚴重減損之證據，自難認告訴人已達重傷之程度。且查告訴人是因見林大為持西瓜刀，始用左手抓該刀，以致左手指受有前述傷勢，難認被告2 人有取告訴人一肢（左手）之故意一節，亦據原審說明甚詳（見原判決第10頁），自難認被告2 人有重傷害之犯意。原判決自無上訴意旨㈣所稱已受請求未予判決之違法。

五、綜上各情，上訴意旨係就原審調查、取捨證據及判斷其證明力職權之適法行使，仍憑己見為不同之評價，或就判決內已明白論斷之事項，執以指摘原判決違法，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，揆之首開說明，應認檢察官之上訴違背法律上之程式，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　1　　月　　9　　日

最高法院刑事第六庭

審判長法官　徐　昌　錦

法官　蔡　國　在

法官　林　恆　吉

法官　林　海　祥

法官　江　翠　萍

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　109　　年　　1　　月　　15　　日